

# VU Research Portal

## Grenzen aan de contracteervrijheid van private aanbesteders?

Jansen, C.E.C.

### ***published in***

Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk  
2010

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Jansen, C. E. C. (2010). Grenzen aan de contracteervrijheid van private aanbesteders? *Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk*, 12(3), 79-88.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Artikel

## Grenzen aan de contracteervrijheid van private aanbesteders?

Prof. mr. C.E.C. Jansen\*

Het komt in de private contractspraktijk regelmatig voor dat overeenkomsten geheel onverplicht worden aanbesteed. Hoewel private aanbesteders niet gehouden zijn tot naleving van het geregleerde overheidsaanbestedingsrecht, zijn ook zij – in beginsel althans – verplicht de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure dezelfde gelijke kans te bieden op het verwerven van de aanbestede opdracht. De grondslag voor die verplichting kan in het verbintenissenrecht worden gevonden. In deze bijdrage wordt die grondslag nader verkend en komt ook de ratio van die verplichting aan de orde. Vervolgens wordt nagegaan of en in hoeverre het verbintenissenrecht zich verzet tegen het uitsluiten door private aanbesteders van die verplichting.

### 1. Vraagstelling en opzet

Wanneer (semi)overheden overeenkomsten met ondernemingen wensen te sluiten met betrekking tot het leveren van goederen, diensten of werken, zijn zij onder omstandigheden verplicht die overeenkomsten aan te besteden met inachtneming van het geregleerde aanbestedings-

recht.<sup>1</sup> Wat er dan in de regel gebeurt, is dat de overheidsaanbesteder door middel van een algemene bekendmaking ondernemingen uitnodigt om deel te nemen aan een competitie: een aanbestedingsprocedure. De inzet van die procedure is om op basis van een vergelijking van de aan de procedure deelnemende ondernemingen en hun offertes te bepalen wie van hen als beste uit de bus komt. Bij het inrichten en afwickelen van een aanbestedingsprocedure wordt de contracteervrijheid van overheidsaanbesteders beperkt door het geregleerde aanbestedingsrecht. Deze dwingendrechtelijke regels zijn concretisering van de algemene regel waarmee – zoals ik het hierna zal noemen – de kernverplichting van overheidsaanbesteders tot uitdrukking wordt gebracht: de verplichting om alle ondernemingen die aan een procedure deelnemen dezelfde gelijke kans te bieden op het verwerven van de aanbestede opdracht. In het verlengde daarvan ligt de verplichting van overheidsaanbesteders om in het

79

1. Deze verplichting vloeit voor de meeste gevallen voort uit hetzij het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) van 16 juli 2005, Stb. 2005, 408, hetzij het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) van 16 juli 2005, Stb. 2005, 409. Deze algemene maatregelen zijn gebaseerd op de (raam)wet tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van producten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten van 31 maart 1993 waarmee de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in onze nationale rechtsorde is geëffectueerd: Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PB 2004, L 134/114 en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1. Het demissionaire kabinet-Balkenende IV heeft op 25 juni 2010 een wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet bij de Tweede Kamer ingediend waarmee een hernieuwde, toegankelijke implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen wordt beoogd ter bevordering van de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en naleving van het aanbestedingsrecht, zie Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 3.

\* Prof. mr. C.E.C. Jansen is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof Den Bosch. Hij verricht onderzoek binnen het onderzoeksprogramma van het VU University Amsterdam, Centre for Law and Governance.

kader van die procedure ook overigens transparantie in hun handelen te betrachten.<sup>2</sup>

De aanbestedingspraktijk beperkt zich niet tot de markt van overheidsopdrachten. Het komt regelmatig voor dat ook zogenoemde ‘private’ aanbesteders – geheel onverplicht – overgaan tot het aanbesteden van overeenkomsten. Wanneer zij dat doen, zijn zij niet tot naleving van het gereguleerde aanbestedingsrecht verplicht. Dat doet de vraag rijzen of de contracteervrijheid van private aanbesteders – behoudens de normale uit het leerstuk van de totstandkoming van overeenkomsten voortvloeiende beperkingen – onbegrensd is. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord: ook private aanbesteders zijn onder omstandigheden gebonden tot naleving van de hiervoor genoemde kernverplichting.<sup>3</sup> In deze bijdrage zal ik laten zien hoe die eventuele gebondenheid verbintenisrechtelijk wordt geconstrueerd (par. 3) en of en in hoeverre private aanbesteders iets kunnen ondernemen om aan die gebondenheid te ontkomen (par. 4). Voordat ik dat doe, geef ik eerst een korte verduidelijking van het fenomeen ‘private aanbesteding’ (par. 2).

## 2. Wanneer is sprake van een ‘private aanbesteding’?

In de vorige paragraaf bleek al dat een aanbesteding als een bijzondere wijze van totstandkoming van overeenkomsten kan worden beschouwd. Kenmerkend is dat een vragende partij meer dan één onderneming benadert met het verzoek een aanbod uit te brengen met het oog op het aangaan van een overeenkomst tot het leveren van goederen, diensten of werken. Ook een private partij zal over het algemeen een aantal potentiële wederpartijen op de markt benaderen alvorens te besluiten met een van hen een contract aan te gaan. Daarmee is echter niet gezegd dat iedere vorm van marktbenadering, waarbij een vragende partij meer dan één onderneming uitnodigt tot het doen van een aanbod, per definitie kan worden gelijkgesteld met een aanbesteding.

Om van een ‘aangebesteding’ te kunnen spreken zal een onderneming uit zo’n uitnodiging het volgende moeten kunnen afleiden.<sup>4</sup> In de eerste plaats dat ook één of meer andere ondernemingen *op hetzelfde moment* dezelfde uitnodiging hebben ontvangen. In de tweede plaats dat het de bedoeling van de vragende partij is de verschillende uitgenodigde ondernemingen met elkaar in *rechtstreekse competitie* te laten treden.<sup>5</sup> Een situatie die aan deze twee randvoorwaarden voldoet, onderscheidt zich van de ‘normale’ situatie die niet als een aanbesteding kan worden

gekwalificeerd. In een normale situatie nodigt een vragende partij in eerste instantie slechts één onderneming uit tot het doen van een aanbod. Ook in zo’n situatie wordt natuurlijk mededinging opgeroepen: de uitgenodigde onderneming zal zich immers moeten realiseren dat de kans bestaat dat de vragende partij het ontvangen aanbod terzijde schuift en alsnog naar een concurrent stapt. De mededinging treedt dan echter slechts *indirect* als een verborgen, bijkomend effect op. Kenmerkend voor een aanbesteding is dat de vragende partij het optreden van dat effect nu juist doelbewust probeert te realiseren en te organiseren door in de uitnodiging tot het doen van een aanbod – al dan niet impliciet – onder de aandacht te brengen dat ook één of meer andere ondernemingen zo’n uitnodiging hebben ontvangen.<sup>6</sup> Zoals hierna nog zal blijken,<sup>7</sup> komt het normale individuele vermogensbelang van een onderneming in een dergelijk geval in een bijzonder perspectief te staan, als gevolg waarvan – anders dan in een ‘normale’ situatie – de kernverplichting van de aanbesteder in het leven wordt geroepen.

Van een ‘private’ aanbesteding is vervolgens sprake wanneer een vragende partij die niet tot naleving van het gereguleerde aanbestedingsrecht verplicht is, geheel onverplicht overgaat tot het aanbesteden van een overeenkomst. In nagenoeg alle gevallen zal het dan gaan om private ondernemingen die – wanneer zij niet over voldoende expertise beschikken op het terrein van inkoop- en aanbestedingsprocessen – voor de inrichting en afwikkeling van de aanbestedingsprocedure de hulp zullen inroepen van consultants die wel over die expertise beschikken.<sup>8</sup> Gevallen waarin een niet bedrijfsmatig opererende particulier overgaat tot het aanbesteden van een overeenkomst, zijn zeldzaam.<sup>9</sup> Particulieren benaderen potentiële contractspartijen immers doorgaans op de hiervoor geschetste ‘normale’ wijze.

## 3. Uitgangspunt: gebondenheid van private aanbesteders aan de kernverplichting

### 3.1 Normaal vermogensbelang krijgt bijzondere kleur

Wanneer een vragende partij een onderneming uitnodigt tot het doen van een aanbod met het oog op het sluiten van een eventuele overeenkomst, is het in beider belang dat zij uiteindelijk tot zo’n overeenkomst weten te komen, onder de voorwaarde natuurlijk dat die overeenkomst voor elk van hen zo veel mogelijk economisch voordeel

2. Vgl. art. 2 Bao.

3. Zie hierover meer uitvoerig mijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht: De aanbestedingsovereenkomst. Aanbesteden in verbintenisrechtelijk perspectief, Den Haag: Sdu 2009, p. 46-68.

4. Jansen 2009, p. 16-20.

5. Die competitie zal in de regel vervolgens zodanig zijn georganiseerd dat alle tot het doen van een aanbod uitgenodigde ondernemingen op hetzelfde moment een aanbod dienen uit te brengen. Zie voor een nuancering echter Jansen 2009, p. 19.

6. Van een aanbesteding is dan ook geen sprake wanneer een vragende partij twee of meer ondernemingen weliswaar gelijktijdig tot het doen van een aanbod uitnodigt, maar die ondernemingen ieder afzonderlijk niet weten dat zij in directe competitie met een (of meer) andere onderneming(en) zullen treden, zie Jansen 2009, p. 18.

7. Zie par. 3.1.

8. Jansen 2009, p. 63.

9. Zie bijvoorbeeld V.zr. Dordrecht 15 juni 2006, BR 2007, p. 148 m.nt. J.G.J. Janssen en D.C. Orobio de Castro en ook Jansen 2009, p. 63, voetnoot 146.

oplevert. *Dat* partijen tot een overeenkomst weten te komen, is een vermogensbelang dat altijd in het geding zal zijn, ongeacht of de vragende partij de markt op 'normale' wijze benadert dan wel dat doet door middel van een aanbesteding. Vanuit het perspectief van de uitgenodigde onderneming krijgt dat vermogensbelang in de context van een aanbesteding echter bijzondere kleur.

In een normale situatie loopt een onderneming altijd het risico dat zij er niet in slaagt met de vragende partij tot wilsovereenstemming te komen. Zo'n onderneming realiseert zich dat op voorhand en zal normaliter bereid zijn dat risico te nemen. Dat geldt ook voor het daarmee verband houdende risico dat de kosten die met het oog op het tot stand brengen van de overeenkomst worden gemaakt, tevergeefs blijken te zijn geweest: kosten gaan nu eenmaal uit voor de baat. De reden waarom een onderneming bereid is deze risico's te accepteren, is dat tegenover die risico's ook een kans staat. Zij krijgt in de normale situatie (vooralsnog) immers als enige een serieuze kans om de vragende partij door middel van het doen van een aantrekkelijk aanbod te overtuigen van de voordelen van de beoogde overeenkomst. Slaagt de onderneming daar vervolgens niet in, dan zal zij zich dat veelal zelf moeten aantrekken. Dat haar vermogensbelang niet wordt gerealiseerd, doet in de normale situatie niet af aan het feit dat de vragende partij aan dat belang in de regel voldoende recht zal doen door het bieden van een serieuze kans op het verwerven van de overeenkomst. In de situatie waarin sprake is van een aanbesteding lijkt dat laatste vanuit het perspectief van de onderneming bezien echter niet genoeg.

In de situatie van een aanbesteding zal een tot het doen van een aanbod uitgenodigde onderneming zich realiseren dat zij niet als enige de kans krijgt om de vragende partij te overtuigen van de voordelen van haar aanbod.<sup>10</sup> Dat zal die onderneming – meer nog dan in een normale situatie – bewust doen zijn van het risico dat haar vermogensbelang om tot een overeenkomst te komen onverhoopt niet zal worden verwezenlijkt en dat de daarmee gepaard gaande kosten tevergeefs zijn gemaakt. Anders dan in een normale situatie is een onderneming in de situatie van een aanbesteding ter compensatie van die risico's niet alleen meer gebaat bij het krijgen van een serieuze kans van de vragende partij. Immers, wanneer de vragende partij – de aanbesteder – de ene onderneming weliswaar een serieuze kans geeft op het verwerven van de overeenkomst, doch tegelijkertijd een andere onderneming een grotere kans biedt haar te overtuigen van de voordelen van *haar* aanbod, heeft de eerstbedoelde onderneming de verwezenlijking van haar vermogensbelang niet langer meer – althans veel minder – zelf in de hand. De daarmee samenhangende onvoorspelbaarheid van de afloop van de aanbesteding zal de acceptatie van de genoemde risico's voor die onderneming veel minder vanzelfsprekend maken. Vanuit haar perspectief bezien, zal in de situatie van een aanbesteding pas recht worden gedaan aan haar vermogensbelang wanneer zij niet alleen een *serieuze* kans krijgt om de aanbesteder van de voordelen van haar aan-

bod te overtuigen, maar daarenboven ten minste ook *dezelfde* kans krijgt als alle andere ondernemingen die tot het doen van een aanbod zijn uitgenodigd. Daarmee ligt de vraag naar de eventuele kernverplichting van de private aanbesteder op tafel.

### 3.2 Grondslag en ratio van de kernverplichting van de private aanbesteder

#### 3.2.1 Inleiding

Zoals hiervoor al bleek, is de beantwoording van de vraag naar de grondslag van de kernverplichting van *overheidsaanbesteders* niet problematisch nu die grondslag immers in het gereguleerde aanbestedingsrecht wordt gevonden.<sup>11</sup> Anders dan men zou vermoeden, is de ratio van die gereguleerde verplichting overigens niet het borgen van het hiervoor besproken individuele vermogensbelang van de inschrijver<sup>12</sup> dat in de context van een aanbesteding bijzondere kleur krijgt. Het *doel* van het gereguleerde aanbestedingsrecht is het publieke belang van het bevorderen van het vrije verkeer van goederen, het vrij verrichten van diensten en de vrijheid van vestiging en daarmee de verwezenlijking van de interne markt. Het *middel* om dat doel te bereiken is de gereguleerde verplichting van de aanbesteder om alle inschrijvers die aan een procedure deelnemen dezelfde gelijke kans te bieden op het verwerven van de aanbestede opdracht. Dat laat overigens onverlet dat in het geval van een *overheidsaanbesteding* het publieke belang van de interne markt wordt beschermd op een wijze die als belangrijk neveneffect heeft dat ook het individuele vermogensbelang van de inschrijver wordt beschermd.<sup>13</sup> Voor een eventuele bescherming van dat laatstgenoemde belang in de context van een *private* aanbesteding zal men echter moeten terugvallen op het verbintenissenrecht.<sup>14</sup> De tussen een aanbesteder en een inschrijver bestaande bilaterale aanbestedingsverhouding kan immers primair als een verbintenissenrechtelijke verhouding worden beschouwd.<sup>15</sup> De te beant-

10. Zie immers par. 2 hiervoor.

11. Zie par. 1 hiervoor.

12. In het gereguleerde aanbestedingsrecht wordt onderscheid gemaakt tussen ondernemingen die zijn uitgenodigd tot deelname aan de aanbestedingsprocedure en daardoor de status hebben van 'gegadigde' en ondernemingen die (vervolgens) worden uitgenodigd tot het doen van een aanbod en diensgevolge de status hebben van 'inschrijver'. Tenzij hierna expliciet anders is aangegeven, omvat het door mij gebruikte begrip 'inschrijver' beide categorieën ondernemingen.

13. Jansen 2009, p. 31.

14. Doggen, Otte en Hageman merken naar aanleiding van het hierna nog te bespreken arrest RZG/ComforMed op: 'Op basis van deze uitspraak valt aan te nemen dat de algemene beginselen van behoorlijke aanbesteding ook werking hebben buiten de door de Europese regelgeving of door aanbestedingsreglementen bestreken aanbestedingen. Dat betekent dus een doorwerking in volledige private aanbestedingen. De redelijkheid en billijkheid die in de precontractuele fase geldt, krijgt hiermee een inkleuring vanuit in het bestuursrecht ontwikkelde principes', zie A.P.C.F. Doggen, C. Otte & G. Hageman, De plaats van het aanbestedingsrecht binnen de rechtswetenschap, Nieuwegein 2004, p. 9. Deze opvatting lijkt mij niet juist. Het zou namelijk veronderstellen dat wanneer het gereguleerde aanbestedingsrecht als het ware zou worden 'weggedacht', het verbintenissenrecht niet zelf zou kunnen voorzien in een basis voor de kernverplichting. Zoals ik hierna zal uiteenzetten in par. 3.2.3 kan het verbintenissenrecht dat naar mijn mening nu juist wel.

15. Dat geldt ook in het geval dat sprake is van een overheidsaanbesteding, zie Jansen 2009, p. 30 e.v.

woorden vragen zijn dan: (1) waartoe verplicht een private aanbestedder zich met het aangaan van zo'n aanbestedingsverhouding – en waarom is dat zo – en (2) wat is de verbintenissenrechtelijke grondslag van die eventuele verplichting?

### 3.2.2 Grondslag: precontractuele redelijkheid en billijkheid of overeenkomst?

De Hoge Raad heeft de hiervoor gestelde vragen – ten dele – beantwoord in het arrest RZG/ComforMed.<sup>16</sup> In dat arrest oordeelde de Hoge Raad:

'De omstandigheid dat RZG, hoewel de Richtlijn haar daartoe naar 's Hofs oordeel niet verplichtte, toch heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, bracht mee dat zij gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als de onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen. Het oordeel van het Hof dat het gelijkheidsbeginsel in dit geval voor RZG gold, is dan ook juist.'<sup>17</sup>

Wat opvalt aan deze overweging, is dat de Hoge Raad de aanbestedingsverhouding in de sleutel van de precontractuele redelijkheid en billijkheid plaatst. Deze benadering wijkt af van de in de doctrine gehuldigde opvatting dat de aanbestedingsverhouding op zichzelf genomen als een overeenkomst kan worden beschouwd: de aanbestedings(procedure)overeenkomst.<sup>18</sup> Ook in de *common law* volgt men deze benadering en duidt men die overeenkomst aan als 'Overeenkomst A', ter onderscheiding van (de eventuele) 'Overeenkomst B' die de inzet vormt van de afwikkeling van 'Overeenkomst A'.<sup>19</sup> Overeenkomst A komt in deze benadering tot stand op het moment dat het aanbod van de aanbestedder, om de aanbestedingsprocedure af te wikkelen conform een aantal op die procedure van toepassing verklaarde regels, door de daartoe uitge-

nodigde inschrijvers wordt aanvaard.<sup>20</sup> In de context van een overheidsaanbesteding zijn die regels veelal opgenomen in een aanbestedingsreglement en in aanbestedings- of selectieleidraden.<sup>21</sup> In de context van een (internationale) private aanbesteding treft men vergelijkbare regels vaak (ook) aan in een 'invitation to tender', een 'request for quotation' en/of in 'conditions of tender'.

Voor de Nederlandse rechtspraak – zeker als het gaat om overheidsaanbestedingen – lijkt de verbintenissenrechtelijke kwalificatie van de bilaterale aanbestedingsverhouding nauwelijks relevant. Men zou bovendien kunnen betogen dat het ook overigens niet nodig is om terug te vallen op de figuur van de (aanbestedings)overeenkomst, nu met de precontractuele maatstaven van de redelijkheid en billijkheid uiteindelijk immers alles kan worden opgelost.<sup>22</sup> Daar kan echter tegenover worden gezet dat die maatstaven wat betreft de aanbestedingsverhouding de afgelopen jaren nog maar weinig concrete en praktisch bruikbare normen hebben opgeleverd. Gelet op het grote maatschappelijke en economische belang dat met (overheids)aanbestedingen is gemoeid, is aan dergelijke normen echter wel behoefte.<sup>23</sup> De figuur van de overeenkomst – Overeenkomst A – heeft zich wat mij betreft inmiddels als een bruikbaar denkraam bewezen voor het verbintenissenrechtelijk doordenken van zowel de bilaterale rechtsverhouding tussen de aanbestedder en de inschrijver, als de wijze waarop die rechtsverhouding scharniert met Overeenkomst B die de inzet vormt van de aanbesteding. De kern van de zaak is dat met een aanbesteding bijzondere belangen zijn gemoeid die niet in het geding kunnen zijn wanneer een vragende partij op normale wijze een overeenkomst met een onderneming tot stand probeert te brengen. Die bijzondere belangen vragen om bijkomende verplichtingen van de bij de aanbesteding betrokken partijen. Te denken valt aan het belang dat is gemoeid met het voorkomen en beheersen van procedurefouten tijdens

16. HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/ComforMed) m.nt. M.A.M.C. van den Berg en BR 2003, p. 824 m.nt. H. Nijholt.

17. Zie r.o. 3.4.4 van het arrest. Zie ook r.o. 3.5.2: 'Het waarborgen van gelijke kansen voor de verschillende aanbieders omvat (...) ook het aan hen verschaffen van gegevens die zij nodig hebben om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controleren en een deugdelijke (concurrerende) aanbesteding te kunnen doen.'

18. Zie voor een overzicht: Asser-Van den Berg, 5-IIIc (2007), nrs. 42-44 en C.E.C. Jansen, Wisselwerking tussen aanbestedingsrecht en verbintenissenrecht, TA 2008, p. 527, voetnoot 5. Zie ook E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu 2009, p. 622. In afwijzende zin: P.H.L.M. Kuypers in zijn annotatie bij Rb. Amsterdam 23 april 2008, BR 2008/192, p. 934.

19. Jansen 2009, p. 37 e.v. Bij mijn weten is dit uitgangspunt in 1981 voor het eerst aanvaard in een uitspraak van het Canadese Supreme Court, in de zaak R. vs. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. [1981] 1 S.C.R. 111 op 121 met een verwijzing naar de uitspraak in appèl van het Court of Appeal van Ontario.

20. Jansen 2009, p. 40-41. In deze benadering sluit de aanbestedder een bilaterale Overeenkomst A met iedere inschrijver afzonderlijk. De inschrijvers zijn onderling niet door middel van een overeenkomst met elkaar verbonden, zie daarover C.E.C. Jansen, De aanbestedingsovereenkomst is géén meerpartijenovereenkomst, in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen & J.B.M. Vranken (red.), Alleen samen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.A.M.C. van den Berg ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg, Den Haag: IBR 2010, p. 211-233.

21. In dat verband kunnen allereerst de regels worden genoemd die zich richten tot de aanbestedder zelf en die veelal een uitwerking zijn van diens kernverplichting die – zoals hierna nog zal blijken – met het sluiten van Overeenkomst A ontstaat. Daarnaast kunnen de (spel)regels worden genoemd waaraan de inschrijver dient te voldoen om zicht te blijven houden op het 'winnen' van de aanbesteding. Zie over dit onderscheid ook mijn in de vorige noot genoemde bijdrage aan de Van den Berg-bundel, p. 215-218.

22. Vergelijk Asser-Van den Berg, 5-IIIc (2007), nr. 44 en ook de interventies van W.H. van Boom en D. Dankers-Hagenaars tijdens de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht van 2009. Zie daarvoor A. Gelderman, Verslag najaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, TA 2009, p. 445.

23. Jansen 2009, p. 34-36. Ook in de context van een gereguleerde overheidsaanbesteding kunnen de rechten en verplichtingen van betrokken partijen slechts ten dele worden afgeleid uit die regulering. Men zal voor tal van kwesties die tussen partijen kunnen rijzen uiteindelijk toch weer terug moeten vallen op het verbintenissenrecht.

de aanbesteding.<sup>24</sup> Dat belang heeft niets van doen met de eventuele totstandkoming van Overeenkomst B, maar is inherent aan de afwikkeling van de aanbestedingsprocedure zelf. Dat bijzondere belang vraagt dan ook om bijzondere onderzoeks- en mededelingsplichten, die moeten worden onderscheiden van de normale precontractuele onderzoeks- en mededelingsplichten die zich richten op het voorkomen en beheersen van de normale aan Overeenkomst B verbonden contractrisico's.<sup>25</sup> Wanneer men in het kader van een aanbestedingsprocedure *alle* mogelijke 'precontractuele' verplichtingen van partijen probeert te doordenken en te verklaren vanuit de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid, ontstaat mogelijk een diffuus beeld. Door de bilaterale aanbestedingsverhouding te kwalificeren als een overeenkomst en die kwalificatie verder uit te werken, zou dat beeld kunnen worden verhelderd. Daarmee heb ik tegelijkertijd aangegeven dat ik – vooropgesteld dat de aanbestedingsprocedure uitmondt in de totstandkoming van Overeenkomst B – Overeenkomst A én de precontractuele redelijkheid en billijkheid naast elkaar zie bestaan als bronnen van (verschillende) verplichtingen.<sup>26</sup>

### 3.2.3 *Ratio: bescherming van het vermogensbelang van de private aanbestedder zelf*

Dat de bilaterale aanbestedingsverhouding als een overeenkomst zou kunnen worden gekwalificeerd, staat er op zichzelf niet aan in de weg dat aan het arrest RZG/ComforMed een gezagsargument kan worden ontleend: een private aanbestedder die een aanbestedingsverhouding aangaat en afwikkelt, is op grond van de redelijkheid en billijkheid verplicht de inschrijvers gelijk te behandelen en transparantie in zijn handelen te betrachten.<sup>27</sup> Het

arrest maakt echter niet duidelijk *waarom* die verplichting ook op een private aanbestedder rust. Volgens Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys blijkt uit de sinds het arrest verschenen lagere jurisprudentie dat er twee (bijzondere) omstandigheden zijn die de verplichting kunnen rechtvaardigen.<sup>28</sup>

Allereerst noemen zij de omstandigheid dat de private aanbestedder in het concrete geval een economische machtspositie heeft.<sup>29</sup> Waar zij op doelen, is dat sommige inschrijvers hoofdzakelijk actief zijn op markten waar niet zoveel te kiezen valt, gelet op het zeer beperkt aantal vragende partijen dat zich op zo'n markt bevindt. Mijns inziens kan uit de door de auteurs genoemde jurisprudentie niet duidelijk worden afgeleid dat deze omstandigheid een rechtvaardiging vormt voor de kernverplichting van private aanbesteders.<sup>30</sup> Daarmee heb ik overigens niet gezegd dat de genoemde omstandigheid voor de verdere discussie irrelevant is. Zoals hierna nog zal blijken, komt aan de omstandigheid mijns inziens pas betekenis toe in die gevallen waarin een private aanbestedder de in beginsel op hem rustende kernverplichting heeft 'weggecontracteerd'.<sup>31</sup>

De tweede omstandigheid die door Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys wordt genoemd, betreft de verwachtingen die een vragende partij wekt bij de ondernemingen die aan een door hem geïnitieerde procedure deelnemen. Zij stellen dat naarmate meer de indruk wordt gewekt dat sprake is van een objectieve en transparante aanbestedingsprocedure, de vragende partij zich daar ook op vastlegt.<sup>32</sup> Deze stelling kan op twee manieren worden begrepen.<sup>33</sup> In de eerste plaats hebben de schrijvers mogelijk bedoeld tot uitdrukking te brengen dat van geval tot geval – door middel van uitleg van de uitnodiging van de vragende partij tot deelname aan de procedure en/of het doen van een aanbod – zal moeten worden nagegaan of sprake is van een *aanbesteding* en dat – gesteld dat die vraag bevestigend kan worden beantwoord – de vragende partij de kernverplichting in beginsel verschuldigd is. Als zij dat inderdaad bedoelen te zeggen, kan ik daarmee

24. Met name voor de aanbestedder kan het grote financiële gevolgen hebben wanneer een door hem begane procedurefout – lees: de niet-nakoming van de op hem rustende kernverplichting – niet tijdig wordt gesignaleerd en hij – in het ergste geval – de aanbestedingsprocedure zal moeten overdoen.

25. Jansen 2009, p. 77 e.v. en p. 118 e.v.

26. Jansen 2009, p. 41-42.

27. Ik ga hier voorbij aan de discussie die in de literatuur is ontstaan over de door Hoge Raad gebezigde formulering 'bij een aanbesteding als de onderhavige'. Zie voor een overzicht Asser-Van den Berg, 5-IIIc (2007), nr. 71 en de annotatie van M.A.M.C. van den Berg bij vzr. Rb. Den Haag 19 december 2007, TBR 2008/167, p. 868. Kern van die discussie is de vraag of de Hoge Raad met die formulering de civielrechtelijke gefundeerde kernverplichting heeft willen reserveren voor het specifieke geval dat zich in de casus voordeed: de aanbesteding door een publiekrechtelijke instelling in de zin van het Europees aanbestedingsrecht van een (op dat moment) niet Europees aanbestedingsplichtige opdracht. Omdat een Europese aanbestedingsplicht ontbrak, kwam het vervolgens aan op de vraag of een aanbestedingsplicht alsnog voortvloeide uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, gelet op de mogelijke kwalificatie van de aanbestedder als een 'bestuursorgaan' in de zin van art. 1:1 Awb. Aangezien de aanbestedder niet als een bestuursorgaan kwalificeerde, moest uiteindelijk worden teruggevallen op de civielrechtelijke grondslag van de redelijkheid en billijkheid. Vaststaat dat de Hoge Raad de verplichting in ieder geval heeft aanvaard voor de categorie van gevallen van het type dat zich in de casus RZG/ComforMed voordeed. Of de redelijkheid en billijkheid die verplichting ook in andere gevallen zou kunnen schragen – en welke gevallen dat dan precies zouden zijn – daarover heeft de Hoge Raad zich (nog) niet uitgelaten. Dat laat echter onverlet dat het arrest RZG/ComforMed in beginsel wel een opening verschaft om de kernverplichting van (andere) private aanbesteders op de redelijkheid en billijkheid te baseren. Zie Jansen 2009, p. 48-49. In deze zin ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 35.

28. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 35-36.

29. De schrijvers verwijzen in dit verband allereerst naar de RGZ/ComforMed-zaak in feitelijke instanties: Pres. Rb. Groningen 10 augustus 2000, rolnr. 47331 / KG ZA 00-302, n.n.g., bevestigd in hoger beroep door Hof Leeuwarden 18 april 2001, rolnr. 0000290, n.n.g., Voorts verwijzen zij naar pres. Rb. Breda 27 maart 2000, KG 2000, 93, en in hoger beroep Hof Den Bosch 3 augustus 2000, KG 2000, 191; Vzr. Rb. Den Haag 24 mei 2006, LJN BG4635; vzr. Rb. Breda 10 augustus 2007, LJN BB5062; Vzr. Rb. Breda 18 december 2007, LJN BC2366; vzr. Rb. Breda 21 december 2007, LJN BC2367; Vzr. Rb. Utrecht 27 juni 2008, LJN BD5600 (bekrachtigd in Hof Amsterdam op 28 april 2009, LJN BI5056); Vzr. Rb. Utrecht 30 januari 2009, LJN BH1418; Vzr. Rb. Breda 24 februari 2009, LJN BH4450.

30. Dat is overigens wel af te leiden uit het vonnis van de pres. Rb. Groningen 10 augustus 2000, rolnr. 47331 / KG ZA 00-302, n.n.g., dat aan het arrest RZG/ComforMed voorafging. In appel werd het aspect van de dominante marktpositie vervolgens in het midden gelaten. Vergelijk in dit verband de annotatie van M.A.M.C. van den Berg bij HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/ComforMed).

31. Zie par. 4.

32. 'Het is derhalve niet zo dat in de precontractuele fase zonder meer de beginselen van gelijke behandeling en transparantie gelden,' aldus Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 36.

33. In mijn NVvA-pleidooi onderscheidde ik alleen de tweede hierna te bespreken uitleg van deze stelling, zie Jansen 2009, p. 51 e.v.

instemmen.<sup>34</sup> Hoe men dan vervolgens bij de uitleg van de uitnodiging van de vragende partij te werk zou moeten gaan, heb ik hiervoor al verduidelijkt.<sup>35</sup> In de tweede plaats is denkbaar dat de schrijvers bedoeld hebben te zeggen dat door middel van uitleg van de uitnodiging van de vragende partij zal moeten worden nagegaan of en in hoeverre deze zich gebonden acht aan de *kernverplichting*. Bij deze tweede zienswijze zou ik de volgende kanttekening willen plaatsen.

Het is denk ik niet juist om de aanbestedder alleen dan aan de kernverplichting gebonden te achten wanneer hij in de uitnodiging een verklaring van die strekking heeft afgelegd. Is eenmaal vastgesteld dat sprake is van een aanbesteding, dan kan men mijns inziens alleen nog maar toekomen aan uitleg van de uitnodiging wanneer de aanbestedder zich in die uitnodiging *onduidelijk* heeft uitgelaten over de vraag of en in welke mate hij zich gebonden acht aan de kernverplichting. Bevat de uitnodiging tot deelname aan de aanbestedingsprocedure daaromtrent echter geen verklaringen, dan is er mijns inziens geen sprake van onduidelijkheid maar van een *leemte*.<sup>36</sup> Door de aanbestedingsverhouding als een overeenkomst te zien – Overeenkomst A – kan vervolgens worden toegekomen aan de beantwoording van de vraag of en op welke wijze die overeenkomst – mede gelet op haar aard – eventueel met de kernverplichting kan worden aangevuld. Daarmee ligt opnieuw de vraag naar de ratio van die verplichting in de context van een private aanbesteding op tafel. Het kader voor de beantwoording van die vraag is artikel 6:248 lid 1 BW.<sup>37</sup> Aanvulling van Overeenkomst A op grond van de wet is zoals gezegd niet mogelijk, omdat het gereguleerde aanbestedingsrecht niet van toepassing is op private aanbestedingen. Ook de gewoonte biedt als (ken)bron mijns inziens geen soelaas. Dat duidelijk is welke gedragslijn door *overheidsaangebesteders* dient te worden gevolgd in een al dan niet gereguleerde context, laat onverlet dat die duidelijkheid nu juist ontbreekt wanneer van die context wordt geabstraheerd. Wat dan overblijft als te onderzoeken (ken)bron, is de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Van den Berg heeft in zijn annotatie bij het arrest RZG/ComforMed uiteengezet *waarom* de private aanbestedder op grond van de redelijkheid en billijkheid gebonden is

aan de kernverplichting.<sup>38</sup> Hij vindt de ratio van die verplichting in het beginsel *quid pro quo*. De kernverplichting van de aanbestedder compenseert in zijn visie zowel het nadeel dat de inschrijver lijdt wanneer deze tevergeefs aan de aanbestedingsprocedure deelneemt, als het voordeel dat de aanbestedder geniet: het verkrijgen van economisch waardevolle marktinformatie. De argumentatie van Van den Berg wint mogelijk aan overtuigingskracht wanneer daar het volgende aan wordt toegevoegd. Diens redenering dient in de eerste plaats te worden versterkt met het oog op de volgende mogelijke tegenwerping: het door hem genoemde dubbele nadeel voor de inschrijver – tevergeefs gemaakte kosten en een gemiste kans op het verwerven van een opdracht elders – is niet bijzonder. Dat nadeel kan immers ook ontstaan in de normale situatie waarin een onderneming ingaat op de uitnodiging van een vragende partij tot het doen van een aanbod. In die situatie zal die onderneming over het algemeen echter bereid zijn dat risico te accepteren nu zij immers de kans krijgt de vragende partij te overtuigen van de voordelen van haar aanbod. Daarmee wordt in die situatie voldoende recht gedaan aan haar vermogensbelang om tot *een* overeenkomst te komen. In de situatie van een aanbesteding is die geboden kans echter niet voldoende wanneer het de aanbestedder daarnaast zou zijn toegestaan de ene inschrijver een grotere kans te geven hem te overtuigen dan de andere inschrijver. Onzekerheid daarover in de context van een aanbesteding maakt de acceptatie van het risico van het dubbele nadeel voor een inschrijver veel minder vanzelfsprekend dan in de normale situatie. Het tweede dat aan de argumentatie van Van den Berg kan worden toegevoegd, is dat de aanbestedder meer voordelen geniet dan alleen het door hem genoemde voordeel van het verkrijgen van economisch waardevolle informatie. Immers, in vergelijking met de normale situatie wordt het vermogensbelang van de aanbestedder nog eens extra gediend. Door een aantal inschrijvers rechtstreeks met elkaar in competitie te laten treden, neemt de kans immers toe dat het beste aanbod *nóg* voordeliger is dan wanneer de markt op de normale wijze zou zijn benaderd. Daaraan kan worden toegevoegd dat de aanbestedder, door een rechtstreekse competitie te organiseren, het voordeel geniet dat de kans toeneemt dat hij in ieder geval *een* overeenkomst zal weten te sluiten.

In aanvulling op de hiervoor weergegeven argumentatie komt in het kader van de eventuele aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid mijns inziens ook belangrijke betekenis toe aan de *aard* van Overeenkomst A.<sup>39</sup> Wat valt er over de aard van de aanbestedingsovereenkomst te zeggen? Het betreft hier een procedureovereenkomst die er op is gericht een rechtstreekse competitie tussen twee of meer inschrijvers in het leven te roepen. De aanbestedder beoogt daarmee voor zichzelf zo veel mogelijk economisch voordeel te genereren. Aan deze doelstelling is *inherent* dat de inschrijvers allen dezelfde gelijke kans krijgen op het verwerven van de opdracht.

34. Terzijde merk ik op dat daarmee nog altijd geen antwoord is gegeven op de vraag waarom de aanbestedder gebonden is aan de kernverplichting. Ik kom daar zo dadelijk nog op terug.

35. Zie par. 2.

36. Te denken valt aan het voorbeeld waarin de aanbestedder in de uitnodiging slechts de prestatie heeft gespecificeerd die de winnende inschrijver zal moeten leveren wanneer Overeenkomst B met hem wordt gesloten. Over de verdere spelregels – en hier gaat het natuurlijk om – heeft de aanbestedder zich niet uitgelaten. Zo heeft hij bijvoorbeeld niet aangegeven of hij voornemens is een gunningscriterium te hanteren en – zo ja – wat de inhoud van dat criterium is. Hij heeft evenmin aangegeven hoe hij zal omgaan met aanbiedingen die niet beantwoorden aan de vraagspecificatie. Dat betekent dat het vooralsnog een grote verrassing is hoe deze aanbestedder uiteindelijk zal omgaan met de aanbiedingen die hij hoopt te ontvangen.

37. 'Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.'

38. Zie HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/ComforMed) m.nt. M.A.M.C. van den Berg onder 8.

39. Zie opnieuw art. 6:248 lid 1 BW.

Zou dat namelijk niet gebeuren, dan zou daarmee afbreuk worden gedaan aan een systeemeigenschap van de aanbesteding die nu juist noodzakelijk is om te bewerkstellingen dat de aanbesteder het door hemzelf beoogde doel bereikt. Het zou betekenen dat de deelnemers aan het systeem van de aanbesteding geen vertrouwen zullen stellen in een eerlijke toepassing daarvan. Dat zou er vervolgens toe kunnen leiden dat toepassing van het systeem uitmond in een voor de aanbesteder suboptimale uitkomst.<sup>40</sup> Deze benadering laat zien dat de ratio van de kernverplichting van de private aanbesteder in de eerste plaats in de bescherming van het vermogensbelang van de aanbesteder *zelf* kan worden gevonden. Een belangrijk bijkomend gevolg is dat daarmee tegelijkertijd ook recht kan worden gedaan aan het vermogensbelang van de inschrijver.<sup>41</sup> De belangen van partijen zijn vanuit dit perspectief bezien dan ook niet tegengesteld aan elkaar, maar versterken elkaar juist. Dat betekent dat aanvulling van Overeenkomst A met behulp van de redelijkheid en billijkheid – in het geval dat die overeenkomst niet uitdrukkelijk voorziet in de kernverplichting voor de private aanbesteder – niet als problematisch dient te worden beschouwd.<sup>42</sup>

## 4. Uitzondering: contractueel uitsluiten van de kernverplichting

### 4.1 Inleiding: de zaak KLM/Commercial Cleaning

De constatering dat ook private aanbesteders in beginsel aan de kernverplichting zijn gebonden wanneer die verplichting niet in Overeenkomst A is geëxpliciteerd, roept de onvermijdelijke vervolgvraag op of zij die verplichting

contractueel kunnen uitsluiten.<sup>43</sup> Die vraag is actueel geworden sinds een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 2009 inzake een door KLM georganiseerde aanbesteding voor de uitvoering van schoonmaakwerkzaamheden.<sup>44</sup> In de uitnodiging tot deelname aan de aanbestedingsprocedure had KLM in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk gemaakt dat zij zich alle vrijheid wenste voor te behouden wat betreft de afwikkeling van de procedure.<sup>45</sup> De uitnodiging voorzag onder andere in de mogelijkheid voor KLM om een individuele inschrijver in de gelegenheid te stellen diens aanbod verder aan te scherpen, zonder dat die mogelijkheid ook aan de andere inschrijvers behoefde te worden geboden. KLM maakte tijdens de aanbestedingsprocedure vervolgens gebruik van die mogelijkheid in het voordeel van inschrijver Asito. Een van de andere inschrijvers – Commercial Cleaning – spreekt KLM daarop in rechte aan.

Commercial Cleaning stelt zich op het standpunt dat KLM verplicht was de inschrijvers gelijk te behandelen en ook overigens transparant te handelen en dat KLM in strijd met die kernverplichting heeft gehandeld. KLM acht zich – mede onder verwijzing naar de inhoud van de uitnodiging tot deelname aan de procedure – echter niet aan die verplichting gebonden. De rechtbank stelt KLM vervolgens in het gelijk. In de ogen van de rechtbank is weliswaar sprake van een aanbesteding die niet wordt beheerst door het gereguleerde aanbestedingsrecht, maar kunnen de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat KLM verplicht is de inschrijvers gelijk te behandelen.<sup>46</sup> De rechtbank voegt daar echter aan toe dat *daarnaast* van KLM kan worden verlangd dat zij zich houdt aan de procedureregels die zij zelf heeft gesteld in de uitnodiging tot deelname aan de procedure.<sup>47</sup> Met uitzondering van een geheimhoudingsverplichting bindt die uitnodiging KLM aan geen enkele gedragslijn met betrekking tot de aanbesteding, aldus de rechtbank. In dat verband wijst de rechtbank erop dat KLM zich uitdrukkelijk het recht heeft voorbehouden om op elk gewenst moment met een inschrijver in onderhandeling te treden en af te wijken van de voorgestelde procedure. Daaruit volgt in de ogen van de rechtbank dat KLM zich volledige vrijheid van handelen heeft voorbehouden, ook wanneer dat tot ongelijke behandeling van de inschrijvers zou lei-

40. Deze redenering is ontleend aan de rechtsontwikkeling in een aantal tot de *common law* behorende stelsels waar – voor zover ik dat heb kunnen nagaan voor het Engelse, Noord-Ierse, Canadese, Australische en Nieuw-Zeelandse recht – sinds de uitspraak van het Supreme Court van Canada in de zaak *R. vs. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* [1981] 1 S.C.R. 111 op 121 wordt aangenomen dat wanneer ‘Contract A’ zwijgt over de kernverplichting van de aanbesteder, die verplichting als ‘implied term’ in de overeenkomst dient te worden gelezen. De ‘integrity of the bidding process’ wordt in dat kader als een rechtens beschermenswaardig belang genoemd. Zie Jansen 2009, p. 54-56 voor verdere verwijzingen.

41. Treffend in dit verband ook Vزر. Rb. Groningen 19 juni 2009, LJN BJ0717, r.o. 4.6 en 4.7: ‘De voorzieningenrechter stelt bij zijn beoordeling van het voorliggende geschil de ratio van elke aanbestedingsprocedure voorop. Die ratio is dat ondernemers met gelijke kansen in kunnen schrijven op overheidsopdrachten, opdat in vrije concurrentie een optimale prijs-kwaliteitsverhouding voor de overheid tot stand komt. Alle vragen die rijzen dienen in het licht van deze ratio te worden beantwoord.’

42. De lagere jurisprudentie die na het arrest RZG/ComforMed is gewezen, bestaat enerzijds uit uitspraken waarin – in vergelijkbare casus – tot hetzelfde eindresultaat wordt gekomen en kent anderzijds voorbeelden van uitspraken waarin een afwijkend resultaat wordt bereikt. Die laatste uitspraken lijken mij onjuist. Zie voor een overzicht de annotatie van M.A.M.C. van den Berg bij Vزر. Rb. Utrecht 19 september 2008, TBR 2009/61, p. 272-277.

43. Ik gebruik bewust alleen de term ‘uitsluiten’ en daarnaast niet ook de term ‘beperken’. De verplichting tot gelijke behandeling heeft mijns inziens een binair karakter: zij bestaat (ten volle) of zij bestaat (in het geheel) niet. Men kan geen afbreuk doen aan die verplichting door haar te ‘beperken’, in de veronderstelling dat zij daarna nog in beperkte vorm zou kunnen blijven voortbestaan. Door haar te beperken wordt zij volledig uitgehold en daardoor zinledig gemaakt.

44. Rb. Amsterdam 6 mei 2009, LJN BI4270 (Commercial Cleaning/KLM).

45. ‘You are hereby advised that KLM is not committed to any course of action as a result of its issuance of this Request For Quotation and/or its receipt of a proposal from you or other firms in response to it. In particular, you should note that KLM might: (...) negotiate with one or more firms. (...) The supplier also acknowledges that during the RFQ process KLM may, at any time: Enter into and conclude negotiations with any other supplier (...); (...) Depart from or modify the proposed framework and/or any other procedures in relation to the RFQ.’

46. R.o. 4.3 en. 4.4. De rechtbank volgt hier het arrest HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/ComforMed).

47. R.o. 4.4 *in fine*.



den, bijvoorbeeld door met slechts één inschrijver te gaan onderhandelen.<sup>48</sup> De rechtbank voegt daar tot slot nog aan toe dat het KLM vrijstond de precontractuele verhouding met de inschrijvers op deze wijze in te vullen, zeker nu die inschrijvers te beschouwen zijn als professionele partijen.<sup>49</sup>

De zaak KLM/Commercial Cleaning is een goed voorbeeld van een geval waarin Overeenkomst A – anders dan het geval dat ik in de vorige paragraaf tot uitgangspunt nam – geen leemte bevat ten aanzien van de regeling van de kernverplichting van de aanbestedder.<sup>50</sup> Wat partijen met betrekking tot die kernverplichting met elkaar zijn overeengekomen, blijkt immers uit de bewoordingen die KLM gebruikte in haar uitnodiging tot deelname aan de procedure. Die bewoordingen zijn bovendien duidelijk, zodat men aan uitleg daarvan niet behoeft toe te komen: het is zonneklaar dat KLM de kernverplichting heeft uitgesloten.<sup>51</sup> De vraag is vervolgens of dat mag.<sup>52</sup> De rechtbank beantwoordt die vraag weliswaar bevestigend, maar motiveert niet of nauwelijks *waarom* dat zo is.

#### 4.2 Is de uitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

Door de bilaterale aanbestedingsverhouding als een overeenkomst te zien, kan de hiervoor gestelde vraag worden beantwoord met behulp van het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW.<sup>53</sup> Die bepaling bevat zoals bekend een strenge maatstaf: de uitsluiting van de kernverplichting dient naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar te kunnen worden beschouwd. Bij de toepassing van die maatstaf komt het aan op een waardering van de omstandigheden van het geval, waarbij dan de volgende gezichtspunten moeten worden gehanteerd: de aard en de ernst van de belangen die zijn betrokken bij de uitsluiting van de verplichting tot gelijke behandeling, de aard en de verdere inhoud van de tussen de aanbestedder en de inschrijver bestaande rechtsverhouding, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop de uitsluiting tot stand is gekomen en de mate waarin de inschrijver zich de strekking van de uitsluiting bewust is geweest. Waartoe leidt de toepassing

van de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW in de casus dat een private aanbestedder zijn kernverplichting uitsluit?<sup>54</sup> Bij private aanbestedingen zal het in de regel om professionele partijen gaan, zodat – gezien vanuit het gezichtspunt ‘de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen’ – de aanbestedder en de inschrijver aan elkaar gewaagd zullen zijn. Dat levert een eerste indicatie op om de uitsluiting van de kernverplichting tot gelijke behandeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar te achten.<sup>55</sup> Ook wanneer men het (deel)gezichtspunt ‘onderlinge verhouding van partijen’ en het gezichtspunt ‘de wijze waarop de uitsluiting tot stand is gekomen’ met elkaar in verbinding brengt, gegeven de machtspositie die een aanbestedder veelal inneemt, zal dat in de regel de indicatie opleveren dat de uitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar kan worden geacht. In de meeste gevallen zal een inschrijver immers opereren op markten waarop zich voldoende andere vragende partijen bevinden. In die gevallen doet de uitsluiting van de kernverplichting geen afbreuk aan diens contractsvrijheid: er zijn redelijke alternatieven beschikbaar, zodat de inschrijver er in vrijheid voor kan kiezen af te zien van deelname aan de aanbesteding wanneer hij geen genoegen wil nemen met de uitsluiting door de aanbestedder van diens kernverplichting.<sup>56</sup> Gelet ook op de eerdergenoemde professionaliteit die in de regel aan een inschrijver mag worden toegedicht, zal deze zich bovendien – en daarmee wordt een ander relevant gezichtspunt in beeld gebracht – meer dan voldoende bewust moeten zijn van de strekking van die uitsluiting.

Het wordt mijns inziens niet anders wanneer het (deel)gezichtspunt ‘de verdere inhoud van de tussen de aanbestedder en de inschrijver bestaande rechtsverhouding’ in de afweging wordt betrokken. Toegegeven, een inschrijver moet op instigatie van de aanbestedder soms omvangrijke inspanningen leveren om aan een aanbestedingsprocedure te kunnen (blijven) deelnemen en aldus zicht te houden op de winst. Beziet men deze omstandigheid enkel en alleen vanuit het voornoemde (deel)gezichtspunt, dan levert dat mogelijk een indicatie op voor de onaanvaardbaarheid van de uitsluiting door de aanbestedder van diens kernverplichting. Wanneer daarnaast echter de andere reeds besproken gezichtspunten in de afweging worden betrokken, zal die conclusie niet langer gerechtvaardigd zijn. Een professionele inschrijver wordt immers geacht vooraf zelf te kunnen inschatten of deelname aan de aanbestedingsprocedure verstandig is, gegeven de met die deelname gemoeide investeringen. Heeft hij eenmaal een geïnformeerde beslissing tot deelname genomen, dan past het niet dat hij zich achteraf beklaagt over het – vooraf duidelijke – feit dat de aanbestedder hem geen gelijke kans heeft geboden.

48. R.o. 4.6.

49. R.o. 4.7.

50. Zou die leemte wel hebben bestaan, dan zou de rechtbank die verplichting alsnog hebben geconstrueerd op basis van de redelijkheid en billijkheid, zie r.o. 4.4.

51. Alleen in het geval dat de gebezigde bewoordingen onduidelijk zijn, komt betekenis toe aan de door Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 36 genoemde tweede ‘omstandigheid’ van de door de aanbestedder bij de deelnemende inschrijvers gewekte verwachtingen. Zie hiervoor par. 3.2.3.

52. Deze vraag is eerder al gesteld door P.H.L.M. Kuypers in zijn annotatie bij Rb. Amsterdam 23 april 2008, BR 2008/192, p. 935. Hij beantwoordt de vraag ontkennend met een beroep op ‘het dwingende karakter van de eisen van art. 6:2 BW’, maar laat verder in het midden *waarom* dat zo is. Wellicht ten overvloede merk ik op dat deze vraag ontkennend dient te worden beantwoord in het geval van een (gereguleerde) overheidsaanbesteding, zie Jansen 2009, p. 44-46.

53. Dat kan overigens ook wanneer men de aanbestedingsverhouding in de sleutel van de precontractuele redelijkheid en billijkheid zou plaatsen. Zie daarover meer uitvoerig Jansen 2009, p. 61-62.

54. Zie ook Jansen 2009, p. 63-68.

55. Zoals hiervoor bleek, is de professionele hoedanigheid van de inschrijver het enige gezichtspunt dat door de rechtbank in de zaak KLM/Commercial Cleaning in de overweging is betrokken, zie r.o. 4.7.

56. In uitzonderingsgevallen zal afzien van deelname aan de aanbesteding geen realistisch alternatief zijn. Ik kom daar zodadelijk nog op terug.

Daarmee ben ik aanbeland bij het gezichtspunt ‘de aard en de ernst van de belangen die zijn betrokken bij de uitsluiting van de verplichting tot gelijke behandeling’ en het (deel)gezichtspunt ‘de aard van de tussen de aanbesteder en de inschrijver bestaande rechtsverhouding’. Deze gezichtspunten speelden eerder in deze bijdrage al een belangrijke rol in het onderzoek naar de *ratio* van de kernverplichting van de private aanbesteder in het kader van de *aanvullende* werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>57</sup> Dat diezelfde gezichtspunten nu worden gehanteerd bij het verkennen van de mogelijkheid die verplichting teniet te doen via de *beperkende* werking van de redelijkheid en billijkheid, lijkt tegenstrijdig maar is het niet. De feiten en omstandigheden die met behulp van deze gezichtspunten werden afgewogen in het onderzoek naar de *ratio* van de kernverplichting, wijken immers niet alleen af van de feiten en omstandigheden die nu voorliggen, maar sluiten gelijktijdige toepassing van beide leerstukken bovendien uit. Immers, in de casus dat Overeenkomst A niet in een regeling van de kernverplichting voorziet, komt men na aanvulling van de overeenkomst niet meer toe aan een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Omgekeerd, in de casus dat de kernverplichting expliciet is uitgesloten, behoeft men niet eerst door middel van aanvulling te bewerkstelligen dat Overeenkomst A in een regeling van die verplichting voorziet.

Het voorgaande neemt niet weg dat de uitkomst van de redenering die werd gevolgd met een beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, informatie bevat die relevant is voor de beoordeling van de (on)aanvaardbaarheid van de uitsluiting van de kernverplichting. In het kader van de aanvullende werking werd immers met een beroep op de aard van Overeenkomst A vastgesteld dat de *ratio* van de kernverplichting eerst en vooral is gelegen in de bescherming van het vermogensbelang van de aanbesteder *zelf*. Zou de rechter de overeenkomst *niet* met de kernverplichting aanvullen, dan zou hij daarmee afbreuk doen aan het doel dat de aanbesteder met de aanbesteding voor ogen heeft: het organiseren van een competitie die voor de aanbesteder zo veel mogelijk economisch voordeel oplevert. Dat zou er bovendien toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan het vermogensbelang dat voor de inschrijver is gemoeid met het sluiten van *een* overeenkomst. Vanuit dit belangenperspectief kan vervolgens ook de uitsluiting van de kernverplichting worden beoordeeld. Een belang dat dan overigens mede in de beschouwing moet worden betrokken, is het voor beide partijen geldende belang van de contractsvrijheid. Voor de private aanbesteder – die in beginsel immers als professioneel dient te worden beschouwd – brengt die contractsvrijheid mee dat het hem in beginsel natuurlijk vrijstaat afbreuk te doen aan zijn *eigen* belang door zijn kernverplichting uit te sluiten.<sup>58</sup> Die vrijheid komt rehtens pas ter discussie te staan zodra zich het geval voordoet

dat het vermogensbelang van de inschrijver als gevolg van die uitsluiting onaanvaardbaar in het gedrang komt. Zoals hiervoor al bleek, zal een inschrijver in normale marktverhoudingen echter gepast op die uitsluiting kunnen reageren. De inschrijver doet dat door *zijn* contractsvrijheid uit te oefenen en Overeenkomst A *niet* met deze aanbesteder aan te gaan en in plaats daarvan zijn tijd en energie te investeren in een alternatief waarmee zijn belang om tot *een* overeenkomst te komen beter is gediend.<sup>59</sup> Soms zal zo’n alternatief echter niet voorhanden zijn. Het gaat dan om gevallen waarin inschrijvers hun goederen en diensten enkel kunnen aanbieden op markten waarop slechts een zeer beperkt aantal vragende partijen opereert. Dat zou voor die specifieke gevallen alsnog de indicatie opleveren dat uitsluiting van de kernverplichting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.<sup>60</sup>

## 5. Conclusie

Van een private aanbesteding is sprake wanneer een private onderneming twee of meer inschrijvers op hetzelfde moment uitnodigt tot het doen van een aanbod met het oog op het aangaan van een overeenkomst, en de inschrijvers uit die uitnodiging kunnen afleiden dat de aanbesteder de bedoeling heeft hen met elkaar in rechtstreekse competitie te laten treden. Hoewel private aanbesteders niet gehouden zijn tot naleving van het gereguleerde overheidsaanbestedingsrecht, zijn zij op grond van het verbintenissenrecht in beginsel verplicht de aan een aanbestedingsprocedure deelnemende inschrijvers dezelfde gelijke kans te bieden op het verwerven van de aanbestede opdracht. De Hoge Raad heeft in het arrest RZG/ComfortMed geoordeeld dat de grondslag voor die verplichting moet worden gezocht in de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De bilaterale aanbestedingsverhouding (en de wijze waarop die rechtsverhouding scharniert met de overeenkomst die de inzet vormt van de aanbesteding – Overeenkomst B) kan verbintenissenrechtelijk beter worden doordacht door haar als een overeenkomst – Overeenkomst A – te kwalificeren. Die benadering biedt een scherper denkkader voor de beantwoording van de vraag die de Hoge Raad in het voornoemde arrest onbeantwoord liet: *waarom* brengen de redelijkheid en billijkheid mee dat een private aanbesteder in beginsel verplicht is de inschrijvers een gelijke kans te bieden op het verwerven van de aanbestede opdracht?

In aanvulling op het door Van den Berg aangevoerde beginsel *quid pro quo* kan de *ratio* van de kernverplichting verder worden beargumenteerd met behulp van de *aard* van Overeenkomst A. Die overeenkomst voorziet in een procedure die er op is gericht voor de aanbesteder zo veel

57. Zie par. 3.2.3.

58. Dat daarmee mogelijk de economische voordelen afnemen die hij met de aanbesteding hoopte te behalen, is een risico dat onderwerp zou kunnen zijn van een eventuele onderzoeks- en mededelingsplicht van de inschrijver. Die problematiek laat ik hier verder rusten.

59. En daarmee wordt opnieuw duidelijk waarom het belang van de aanbesteder er niet bij is gebaat dat hij zijn kernverplichting uitsluit.

60. Zoals ik eerder al in par. 3.2.3 liet zien, hechten ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 35 betekenis aan de economische machtspositie van de aanbesteder, maar doen zij dat vanuit een ander kader.

mogelijk economisch voordeel te genereren. Om dat doel te kunnen bereiken zal de aanbesteder de inschrijvers gelijk moeten behandelen. Doet hij dat niet, dan resulteert de procedure mogelijk in een voor hem suboptimale uitkomst aangezien de inschrijvers in dat geval geen vertrouwen zullen stellen in een eerlijke toepassing van het systeem van de aanbesteding. Daarmee is de ratio van de kernverplichting van de aanbesteder in de eerste plaats gelegen in de bescherming van zijn eigen vermogensbelang en kan het vermogensbelang van de inschrijver als een afgeleide daarvan worden gezien. Gegeven die ratio en gegeven het beginsel van contractsvrijheid, staat het de private aanbesteder vervolgens vrij om afbreuk te doen aan zijn eigen belang en om zijn kernverplichting uit te sluiten. Op zijn beurt kan de inschrijver vervolgens *zijn* contractsvrijheid uitoefenen door Overeenkomst A *niet* aan te gaan en in plaats daarvan zijn tijd en energie te investeren in een alternatief waarmee zijn belang om tot *een* overeenkomst te komen beter is gediend. Wanneer inschrijvers hun goederen en diensten enkel kunnen aanbieden op markten waarop slechts een zeer beperkt aantal vragende partijen opereert, is zo'n alternatief niet voorhanden. In die gevallen zal de uitsluiting door de private aanbesteder van zijn kernverplichting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid mogelijk onaanvaardbaar moeten worden geacht.